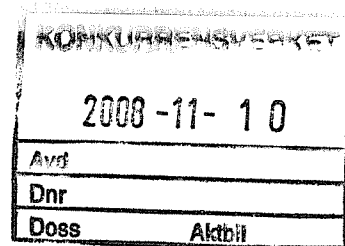


KLAGANDE

Västerås stad
Stadshuset
721 87 Västerås



MOTPART

Carpenter i Mälardalen AB, 556707-9156

Ombud: Advokat Torbjörn Persson
Kopparbergsvägen 6
721 83 Västerås

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Västmanlands läns dom den 10 juni 2008 i mål nr 676-08, se bilaga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

Västerås stad (kommunen) yrkar att kammarrätten med ändring av länsrättens dom avvisar Carpenter i Mälardalen AB:s talan.

Carpenter i Mälardalen AB (bolaget) bestrider ändring.

Kommunen har till stöd för överklagandet anfört i huvudsak följande. Kommunen har genomfört en om- och tillbyggnad av Skogsgårdens förskola i Skultuna, Västerås. I tilldelningsbeslut den 27 mars 2008 har Peab Bostad AB tilldelats uppdraget. Överprövningsfristen gick ut den 6 april 2008 och kontrakt tecknades den 7 april 2008. Carpenter i Mälardalen AB har den 9 april 2008, efter överprövningsfristens utgång, begärt överprövning av upphandlingen. Enligt 16 kap. 1 § 3 st 1 p LOU, vars lydelse i huvudsak överensstämmer med 7 kap. 1 § 3 st 1 p i den tidigare lagen om offentlig upphandling, får en ansökan om överprövning inte prövas efter det att tio dagar gått sedan underrättelse om vald

leverantör lämnats. Kommunen yrkar mot bakgrund av detta att talan om överprövning ska avisas. Om länsrättens dom står fast så innebär det att en upphandlande myndighet som anser sig på goda grunder kunna tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering under lång tid riskerar att efter överprövning få en dom som innebär att upphandlingen ska göras om, oavsett om det i realiteten är möjligt för den upphandlande myndigheten att ”göra gjort ogjort”.

Bolaget har till stöd för bestridandet anfört att det vidhåller vad som anförts i länsrätten. Den aktuella upphandlingen är inte ett tillägg till tidigare upphandling. Rättslig grund att underlåta annonsering har inte förelegat. Värdet är uppenbart för högt för att direktupphandling ska vara tillåten med hänsyn till värdet. Kommunen har inte heller visat att synnerliga skäl förelegat.

DOMSKÄL

I 2 kap. 10 § LOU anges att med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som 1. sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, 2. avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och 3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Enligt 16 kap. 1 § tredje stycket LOU får vid annan upphandling än direktupphandling en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Kammarrätten gör samma bedömning som länsrätten i fråga om att kommunen i förevarande fall borde ha gjort en upphandling enligt

bestämmelserna i LOU, men att så inte har skett.


Härefter uppkommer fråga om länsrätten skulle ha prövat bolagets ansökan om överprövning enligt LOU eller om talan borde ha avvisats med hänsyn till att kommunen vid tiden för ansökan till länsrätten redan hade ingått avtal med PEAB.

Kammarrätten konstaterar att vissa språkliga ändringar gjorts i LOU jämfört med den gamla lagen om offentlig upphandling. Begreppet upphandlingskontrakt har exempelvis ersatts av begreppet kontrakt. Enligt förarbetena (prop. 2006/07:128, s. 301-302 och 442-443) har den aktuella ändringen gjorts utan att någon ändring i sak är avsedd. Det föreligger inte heller sakliga skäl för att i detta sammanhang ge begreppet kontrakt en vidare betydelse än den tidigare använda termen upphandlingskontrakt (jfr. RÅ85 1:19 som gällde tolkningen av en bestämmelse i en skatteförfattning i förhållande till förarbetsuttalanden). Kammarrätten anser bl.a. mot denna bakgrund att avtalet mellan kommunen och PEAB inte kan anses som ett kontrakt i LOU:s mening eftersom avtalet ingåtts utan att bestämmelserna i LOU iakttagits trots att så borde ha skett. Vid sådant förhållande utgör, som länsrätten funnit, den omständigheten att avtal redan tecknats inte hinder mot överprövning enligt LOU.

DOMSLUT


Kammarrätten avslår överklagandet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.



Thomas Rolén

kammarrättspresident



Thomas Wijkman

kammarrättsråd



Maria Ringvall

kammarrättsråd
referent



Susanne Löfgren

föredragande



SÖKANDE

Carpenter i Mälardalen AB, 556707-9156
Box 76
730 50 Skultuna

Ombud: Advokat Torbjörn Persson
Kopparbergsvägen 6
721 83 Västerås

MOTPART

Fastighetskontoret i Västerås kommun
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Av ett upphandlingsprotokoll den 13 mars 2008 framgår att den i målet aktuella upphandlingen avser Om- och tillbyggnad av Skogsgårdens förskola i Skultuna. I protokollet anges att upphandlingen avser en totalentreprenad och att upphandlingsförfarandet är förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 8 § 2 p. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Fastighetskontoret i Västerås kommun (kommunen) har i tilldelningsbeslut den 27 mars 2008 tilldelat Peab Bostad AB (nedan kallad Peab) totalentreprenad avseende Om- och tillbyggnad av Skogsgårdens förskola i Skultuna. Kontraktssumman för entreprenaden uppgår till 15 342 000 kr.

Carpenter i Mälardalen AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar, som det får förstås, att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har genomfört en direktupphandling utan lagligt stöd. Uppdraget har lämnats till Peab utan konkurrens från någon annan leverantör. Den aktuella upphandlingen avser ett nytt projekt till ett värde som överstiger 10 000 000 kr.

Bolagets uppfattning är att bolaget skulle ha erhållit kontraktet vid en korrekt genomförd upphandling.

Kommunen bestrider bifall till bolagets begäran om överprövning och anför att begäran om överprövning har inkommit för sent och därför ska avvisas. Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har tidigare genomfört tre upphandlingar avseende om- och tillbyggnader av förskolor i Västerås. Alla tre kontrakt har tilldelats Peab. De tidigare upphandlingarna har genomförts före ikraftträdandet av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Kommunen betraktar den upphandling som nu är under prövning som en tilläggsbeställning till den sista av de tre tidigare upphandlingarna och anser i konsekvens härmed att länsrättens prövning ska ske med stöd av den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling oaktat att kommunen hänvisat till 4 kap. 8 § 2 p. i nu gällande lag i handlingarna till den aktuella upphandlingen. Efter genomförd upphandling utan föregående annonsering skickade kommunen tilldelningsmeddelande till Peab den 27 mars 2008. Kommunen avvaktade den lagstadgade överprövningsfristen vilken löpte ut den 6 april 2008. Därefter tecknade kommunen kontrakt med Peab den 7 april 2008.

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunens påstående om tilläggsbeställning saknar rättslig grund. Såväl värdet av den s.k. tilläggsbeställningen och den långa tid som förflutit mellan aktuell direktupphandling och de tre upphandlingar som kommunen hänvisar till medför att det inte kan vara fråga om en tilläggsbeställning.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 2 § första stycket LOU framgår att lagen gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Av andra stycket p. 2 framgår att endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

Av 3 kap. 1 § första stycket p. 3 framgår att lagen ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska gemenskapernas kommission vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om kontraktet avser byggtreprenader. Av tredje stycket framgår att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling tröskelvärdena i euro och svenska kronor. Av tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling framgår att vid tillämpning av 3 kap 1 § första stycket p. 3 gäller tröskelvärdet 5 150 000 euro eller 47 778 869 kr.

Av 4 kap. 8 § första stycket 2 p. framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny byggtreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggtreprenader eller tjänster under förutsättning

- a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,
- b) att arbetena tilldelas samma leverantör,
- c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
- d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., samt
- e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Av 15 kap. 1 § framgår att kapitlet gäller för sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket.

Av 15 kap. 3 § första stycket framgår att en offentlig upphandling enligt kapitlet ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Av andra stycket framgår att direktupphandling får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska vid behov besluta riktlinjer för användning av sådant förfarande.

Av 15 kap. 5 § p. 4 framgår att en upphandlande myndighet får utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och ett byte av leverantör skulle medföra oskäliga tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Av 16 kap. 1 § första stycket framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av andra stycket framgår att vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Av tredje stycket framgår att vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kommunen har tidigare genomfört tre upphandlingar avseende om- och tillbyggnation av förskolor i Västerås, vilka samtliga har tilldelats Peab. Kommunen har gjort gällande att den i målet aktuella upphandlingen är en tilläggsbeställning till den sista upphandlingen som ägde rum under 2006.

Den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, GLOU, har upphävts. Övergångsbestämmelserna till den nya lagen anger dock att bestämmelserna i GLOU ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet, d.v.s. före den 1 januari 2008. Frågan uppkommer då om förhållandena varit sådana att kommunen kunnat, som kommunen får anses ha gjort gällande, begära anbud utan föregående annonsering enligt 6 kap. 2 b § p. 4 GLOU. Enligt bestämmelsen fick en upphandlande enhet utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till endast en leverantör om det gällde ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser och om ett byte av leverantör skulle medföra oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter. Denna bestämmelse utgjorde ett undantag från bestämmelserna i GLOU om hur upphandling normalt skulle göras. Med hänsyn till bestämmelsens undantagskaraktär finner länsrätten att den ska tolkas restriktivt.

Den av kommunen åberopade upphandlingen 2006 avsåg om- och tillbyggnad av Gransångarens förskola i Västerås. I förevarande mål avser upphandlingen om-

och tillbyggnad av Skogsgårdens förskola i Skultuna. Med hänsyn till att de båda upphandlingarna avser två från varandra skilda projekt, två separata förskolor, finner länsrätten att den i målet aktuella upphandlingen inte kan anses utgöra tillägg till den upphandling som gjordes år 2006. Vid sådana förhållanden är undantaget i 6 kap. 2 b § p. 4 GLOU. Förutsättningar för nämnden att utan föregående annonsering begära anbud genom att skicka en skrivelse till en leverantör har således inte förelegat enligt GLOU.

Frågan uppkommer då om förhållandena varit sådana att kommunen kunnat begära anbud utan föregående annonsering enligt nu gällande lagstiftning. Bestämmelsen i 15 kap. 5 § p. 4 LOU överensstämmer med bestämmelsen i 6 kap. 2 b § p. 4 GLOU. Till följd härav finner länsrätten att upphandlingen inte heller kan anses vara ett tillägg enligt nu gällande lagstiftning.

Av kommunens upphandlingsprotokoll anges att upphandlingsförfarande är förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 8 § 2 p. LOU.

Enligt sist nämnda bestämmelse framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny byggtreprenad som är en upprepning av tidigare byggtreprenader under förutsättning att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande, att arbetena tilldelas samma leverantör, att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet, att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., samt att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Länsrätten finner att det aktuella avtalet inte heller uppfyller förutsättningarna i 4 kap. 8 § 2 p. LOU. Förutsättningar för nämnden att förhandla utan föregående annonsering har således inte förelegat.

Av 15 kap. 3 § första stycket LOU framgår att offentlig upphandling ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Av bestämmelsens andra stycke framgår att direktupphandling dock får användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

Länsrätten konstaterar att något fastställt maximibelopp för vad som kan anses utgöra lågt värde inte finns. Vanligtvis fastställer den upphandlande enheten interna riktlinjer för vilket värde som ska anses som lågt. Detta värde ligger oftast mellan två och fem prisbasbelopp (jfr Nämnden för offentlig upphandlings rapport 2006/0173-29, Uppdrag rörande LOU och kommunal samverkan s. 10). Länsrätten finner att värdet för förevarande entreprenad, Om- och tillbyggnad av Skogsgårdens förskola i Skultuna, är för högt för att direktupphandling ska vara tillåten med hänsyn till värdet.

Vad gäller synnerliga skäl i 15 kap. 3 § andra stycket LOU hänvisas i förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 429) till tidigare förarbeten (prop. 2001/02:142 s. 99) där bl.a. följande uttalas. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Det är således den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Länsrätten finner att vad nämnden anfört inte visar att det föreligger synnerliga skäl för att få använda direktupphandling. Förutsättningarna för en direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU har därmed inte varit för handen.

Länsrätten finner således att nämnden ingått det i målet aktuella avtalet utan att ha tillämpat LOU trots att så borde ha skett.

Av 16 kap. 2 § första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Då kommunen inte gjort någon upphandling enligt LOU av ifrågavarande byggentreprenad och då bolaget härigenom har uteslutits från möjligheten att delta i den upphandling som borde ha skett, finner länsrätten att bolaget får anses ha lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU.


Avslutningsvis konstaterar länsrätten att det förhållandet att avtal redan föreligger inte utgör hinder för överprövning (se RÅ 2005 ref. 10). Det förhållandet att det i RÅ 2005 ref. 10 var fråga om sådana tjänster som upphandlades enligt bilaga A till GLOU föranleder således inte länsrätten att göra annan bedömning i fråga om redan tecknat avtal utgör hinder för överprövning.

Till följd av det ovan anförda föreligger grund för att förordna att upphandlingen ska göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Fastighetskontoret i Västerås kommun ska göra om upphandlingen Om- och tillbyggnad av Skogsgårdens förskola i Skultuna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (3109/1a)



Leif Gäverth
lagman
CM

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättsutgången att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

